



## Urteil vom 9. Juli 2019

---

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi, Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch  
lic. iur. Tobias Bonnevie-Svendsen,  
Peyer Partner Rechtsanwälte,  
Löwenstrasse 17, Postfach, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Recht & Compliance Human Resources,  
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_, geboren am (...) 1966, wurde per (...) 2001 als Reisezugbegleiter, Funktionsstufe 6 (später Reisezugbegleiter International), bei den Schweizerischen Bundesbahnen (nachfolgend: die SBB) angestellt. Als Anstellungsbedingungen wurden der Erhalt des Fähigkeitsausweises nach einer sechsmonatigen Ausbildung sowie das Bestehen einer mündlichen Prüfung in Französisch am Ende des ersten Anstellungsjahres vereinbart. Ansonsten würde das Anstellungsverhältnis ordentlich gekündigt. Nach Erhalt des Fähigkeitsausweises vereinbarten A.\_\_\_\_\_ und die SBB im Sinne einer besonderen Abmachung, dass A.\_\_\_\_\_ die mündliche Prüfung bis zum (...) 2002 zu absolvieren habe und dass im Falle des Nichtbestehens die Weiterführung des Anstellungsverhältnisses überprüft würde. A.\_\_\_\_\_ bestand diese Prüfung.

**B.**

Im Dezember 2016 informierte die SBB die Mitarbeitenden des Zugpersonals Fernverkehr über den neu zu erbringenden periodischen Sprachkompetenznachweis. Im Mai 2017 erhielt A.\_\_\_\_\_ Informationen über den Ablauf sowie diverse Dokumente zur Vorbereitung. Gefordert wurde das Niveau A1 mit SBB Wortschatz. Zudem wurden ihm die Konsequenzen bei einem allfälligen Nichtbestehen der Prüfung (mögliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses) mitgeteilt.

**C.**

A.\_\_\_\_\_ legte am 6. September 2017 die mündliche Prüfung in Französisch ab. Diese bestand er nicht, weshalb ihm die Prüfungsexperten den Besuch eines Französischsprachkurses empfahlen. Am 4. Oktober 2017 schlossen A.\_\_\_\_\_ und seine Vorgesetzte im Hinblick auf die erste Nachprüfung eine Vereinbarung ab. Zu seiner Unterstützung wurden darin diverse Massnahmen definiert (u.a. selbstverantwortliche Ergreifung geeigneter Weiterbildungsmassnahmen, intensive Vorbereitung auf die Nachprüfung, Nutzung der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen, Beratung durch seine Vorgesetzte). Im Weiteren empfahl ihm seine Vorgesetzte den Besuch eines Sprachkurses, was A.\_\_\_\_\_ indes ablehnte, da er lieber mit einer Arbeitskollegin lernen wollte. Diesem Wunsch kam seine Vorgesetzte nach, indem sie seine Touren bei Bedarf an jene seiner Arbeitskollegin anpasste.

**D.**

Am 1. Dezember 2017 absolvierte A.\_\_\_\_\_ erfolglos die erste Nachprüfung. Wiederum wurde ihm – dringendst – der Besuch eines Französischsprachkurses empfohlen. A.\_\_\_\_\_ und seine Vorgesetzte schlossen am 20. Dezember 2017 erneut eine Vereinbarung ab. Als weitere Massnahme wurde die Unterstützung durch talxx-Checks im Wert von CHF 600.--, welche für Sprachkurse, Privatunterricht oder Lehrmittel verwendet werden können, beschlossen. Zusätzlich wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass er beim abermaligen Nichtbestehen nicht mehr in der betreffenden Sprachregion eingesetzt werden dürfe und dementsprechend die vertraglichen Anforderungsbedingungen als Reisezugbegleiter International nicht mehr erfülle. Ferner erlaubte ihm seine Vorgesetzte im Hinblick auf die zweite Nachprüfung, den zweiten Prüfungsexperten zu bestimmen. Ab 7. Februar 2018 besuchte A.\_\_\_\_\_ einen Sprachkurs.

**E.**

Die zweite Nachprüfung vom 28. Februar 2018 bestand A.\_\_\_\_\_ auch nicht. Daraufhin setzte die SBB A.\_\_\_\_\_ im Bereich Regionalverkehr in (...) ein. Am 13. März 2018 und 20. März 2018 wurde die Situation besprochen. Die SBB zeigte sich dabei bereit, A.\_\_\_\_\_ eine letzte, ausserordentliche Chance zu gewähren unter gleichzeitiger Betonung, dass es in der Verantwortung von A.\_\_\_\_\_ liege, das geforderte Sprachniveau zu erreichen. Am 20. März 2018 erliess die SBB eine entsprechende Weisung an A.\_\_\_\_\_.

**F.**

Die dritte Nachprüfung vom 14. Juni 2018 bestand A.\_\_\_\_\_ – trotz «Goodwill», zweier «Bonus-Situationen» sowie der Verlängerung der Prüfungszeit – ebenfalls nicht. Am 20. Juni 2018 erklärte die SBB anlässlich einer Sitzung A.\_\_\_\_\_, dass sie keine interne Versetzungsmöglichkeit gefunden habe und wies ihn auf die Rekursmöglichkeit gegen das Ergebnis der Sprachprüfung hin. Falls kein Rekurs erfolge oder keine prüfenswerten Angebote zur Neuorientierung von seiner Seite einträfen, würde das Arbeitsverhältnis ordentlich aufgelöst. A.\_\_\_\_\_ anerkannte, dass die Sprachprüfung wohlwollend und fair durchgeführt worden sei, weshalb er auf einen Rekurs verzichtete. Stattdessen stellte er einen Wiedererwägungsantrag auf Aussetzung der Kündigung, bis psychologisch abgeklärt worden sei, ob er an Prüfungsangst leide und gegebenenfalls eine Behandlung feststehe.

**G.**

Mit Verfügung vom 25. Juni 2018 gewährte die SBB A. \_\_\_\_\_ das rechtliche Gehör hinsichtlich der beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses und gab seinem Wiedererwägungsantrag nicht statt. Nachdem A. \_\_\_\_\_ dazu mit Schreiben vom 12. Juli 2018 Stellung genommen hatte, löste die SBB mit Kündigungsverfügung vom 24. Juli 2018 das Arbeitsverhältnis mit ihm infolge nicht bestandener Sprachprüfung bzw. Wegfalls einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung auf den 31. Januar 2019 auf.

**H.**

Mit Schreiben vom 14. September 2018 erhebt A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung vom 24. Juli 2018 der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt er die vollumfängliche Aufhebung der Kündigungsverfügung sowie die Feststellung, dass die Kündigung nichtig und missbräuchlich sei. Zudem sei die Vorinstanz anzuweisen, ihn in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion oder eventualiter in einer angepassten Tätigkeit in ähnlicher Funktion weiter zu beschäftigen. Ferner sei die Vorinstanz zu verpflichten, ihm eine Entschädigung im Umfang eines Jahreslohnes zu bezahlen. In prozessualer Hinsicht beantragt er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

**I.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2018 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

**J.**

Am 19. November 2018 reicht die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ein und ersucht um vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. In seinen Schlussbemerkungen vom 7. Januar 2019 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

**K.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Verfügungen eines Arbeitgebers im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 183 des Gesamtarbeitsvertrags der Vorinstanz vom 9. Dezember 2014 (GAV SBB 2015 [nachfolgend: GAV]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (der zwischenzeitlich am 1. Mai 2019 in Kraft getretene GAV SBB 2019 vom 26. November 2018 ist auf die vorliegende Kündigungsverfügung nicht anwendbar, vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-3317/2018 vom 29. Mai 2019 E. 4.2).

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung (vgl. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]), die von einem Arbeitgeber im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsverfahrensgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat der angefochtenen Kündigungsverfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.3** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Dabei muss sich das Bundesverwaltungsgericht nicht mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Ge-

sichtspunkte beschränken (statt vieler BGE 133 I 270 E. 3.1). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht, wenn es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht, eine gewisse Zurückhaltung. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz (statt vieler Urteil BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.1 m.w.H.).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht stellt den (rechtserheblichen) Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG). Es würdigt die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2). Eine rechtserhebliche Tatsache, für die grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), gilt als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich; es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (Urteile BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 2.2 und A-5159/2017 vom 18. Februar 2019 E. 2.2). Bleibt eine entscheidungsrelevante Tatsache unbewiesen, gilt im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich die Beweislastregel von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Demnach hat jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5; BVGE 2008/24 E. 7.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.150). Im Beschwerdeverfahren betreffend eine Kündigung trägt die kündigende Behörde daher die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes, die von der Kündigung betroffene Person dagegen jene für die – allenfalls behauptete – Missbräuchlichkeit der Kündigung (Urteile BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 2.2 und A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.2).

### **3.**

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der Vorinstanz (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG,

SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des gestützt auf Art. 38 Abs. 1 BPG (vgl. ferner Art. 15 Abs. 2 SBBG) erlassenen GAV abzustellen. Dagegen ist die Bundespersonalverordnung (BPV, SR 172.220.111.3) auf das Personal der Vorinstanz – welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat – nicht anwendbar (vgl. Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 f. BPG sowie Art. 1 BPV; statt vieler Urteil BVGer A-3317/2018 vom 29. Mai 2019 E. 4.2).

#### **4.**

Der Beschwerdeführer verlangt im Sinne eines Hauptantrags die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigungsverfügung.

**4.1** Im Wesentlichen macht er geltend, dass der Kündigung keine formgerechte Kündigungsandrohung mit einem Hinweis auf die Einsprachemöglichkeit vorangegangen sei. Die Kündigungsverfügung erweise sich deshalb als nichtig.

**4.2** Die Vorinstanz entgegnet, dass eine Kündigungsandrohung einer Kündigung nur dann vorausgehen habe, wenn diese dazu geeignet sei, eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens des Mitarbeitenden herbeizuführen. Dies sei beim Wegfall einer vertraglichen und gesetzlichen Anstellungsbedingung nicht der Fall. Die Nichtigkeit der Kündigung sei deshalb klar zu verneinen.

**4.3** Fehlerhafte Entscheide sind nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (statt vieler BGE 144 IV 362 E. 1.4.3). Erweist sich eine Verfügung als nichtig, so ist dies von der Rechtsmittelinstanz formell festzustellen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1100; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31 Rz. 14).

**4.4** Eine im Vorfeld zur Kündigung zu Unrecht nicht erlassene Kündigungsandrohung stellt einen Verfahrensfehler dar. In einem solchen Fall ist die

Kündigungsverfügung indes nicht nichtig, sondern nur sachlich nicht hinreichend begründet (vgl. Urteile des Bundesgerichts [BGer] 8C\_75/2018 vom 13. Juli 2018 E. 3.2.2 und 8C\_895/2015 vom 8. März 2016 E. 4.1; Urteile BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 5.4 und A-7165/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 5.3). Mit anderen Worten erachtet die Rechtsprechung eine fälschlicherweise unterbliebene Kündigungsandrohung nicht als einen krassen Verfahrensfehler. Selbst wenn vorliegend eine Kündigungsandrohung hätte erlassen werden müssen, würde dies somit nicht die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung bedeuten. Die Beschwerde ist im Hauptpunkt deshalb abzuweisen. Ob eine Kündigungsandrohung zwingend gewesen wäre, wird im Zusammenhang mit einer allfälligen Entschädigungspflicht der Vorinstanz zu beurteilen sein.

## 5.

Im Weiteren beantragt der Beschwerdeführer sinngemäss die Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz infolge missbräuchlicher Kündigung.

**5.1** Diesbezüglich führt er aus, dass aus dem Schreiben vom 25. Juni 2018 („*Beabsichtigte ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses – Rechtliches Gehör*“) deutlich werde, dass die Vorinstanz überhaupt kein Interesse gehabt habe, ihn weiter zu beschäftigen. Bereits im Zeitpunkt, als für die Vorinstanz erst seit ca. zehn Tagen klar gewesen sei, dass er die dritte Nachprüfung nicht bestanden habe, sei ihm mitgeteilt worden, dass keine weiteren Stellen verfügbar seien. Dieses Verhalten verstosse gegen Treu und Glauben. Die Vorinstanz habe zudem sein rechtliches Gehör verletzt, indem seine Vorbringen in seiner Stellungnahme in keiner Weise genügend Eingang in ihre Entscheidungsfindung erhalten und der Kündigungsentscheid somit schon im vornherein definitiv festgestanden habe. Eine Kündigung, welche offensichtlich das rechtliche Gehör verletze, habe als missbräuchlich zu gelten. Zudem sei offensichtlich, dass die Vorinstanz versuche, die teuren und älteren Mitarbeiter loszuwerden, um Personalkosten zu sparen. Dafür seien die periodischen Sprachprüfungen eingeführt worden, um vorgeblich einen sachlich hinreichenden Grund für die Kündigung zu schaffen. Ferner seien er und sein Vorgesetzter, Herr B.\_\_\_\_\_, vor ca. zehn Jahren gemeinsam an einem Projekt beteiligt gewesen, in dessen Rahmen sich Meinungsverschiedenheiten zugetragen hätten. Seit diesem Ereignis sei das persönliche Verhältnis angespannt. Dazu komme, dass Herr B.\_\_\_\_\_ gleichzeitig auch Vorgesetzter der Sprachexperten sei. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass vorliegend auch persönliche Interessen für die Kündigung massgebend gewesen seien.

Im Weiteren habe er die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sich bei ihm wegen Existenzängsten eine Prüfungsblockade entwickelt habe. Er habe für die Vorinstanz, welche im Eisenbahnbereich faktisch ein Monopol habe, 17 Jahre hervorragende Leistungen erbracht und nie sei eine Beschwerde von Mitarbeitenden oder Passagieren vermerkt worden. Zudem sei er heute 52 Jahre alt und somit auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr sehr gefragt. Die Vorinstanz verfüge über ein enormes Ermessen, wie sie mit seiner Situation umgehen möchte. Aufgrund ihrer Fürsorgepflicht sei es absolut unverständlich und missbräuchlich, dass die Vorinstanz sich für die härteste Massnahme in Form der Kündigung entschieden habe. Die Vorinstanz habe zudem gegen ihre Fürsorgepflicht verstossen, indem sie keine genügende Weiterbildungsmöglichkeit angeboten habe. Anstatt lediglich diverse Dokumente vorzulegen und ein Selbststudium vorzuschlagen, hätte sie einen Kurs organisieren können.

**5.2** Die Vorinstanz entgegnet, dass bereits versucht worden sei, eine andere Beschäftigungsmöglichkeit zu finden, als der Beschwerdeführer im Regionalverkehr in (...) tätig gewesen sei. Aufgrund des sprachlichen Mankos des Beschwerdeführers habe eine solche jedoch nicht gefunden werden können. Dies sei umso deutlicher gewesen, als klar geworden sei, dass er die Prüfung erneut nicht bestanden habe. Aus diesen zehn Tagen könne daher kein Verstoss gegen Treu und Glauben abgeleitet werden. Im Weiteren werde bestritten, dass sie sich nicht mit seiner Stellungnahme auseinandergesetzt habe. Es liege in der Natur der Sache, dass das rechtliche Gehör und die darauffolgende Verfügung inhaltlich identisch seien. Unbesehen davon würde eine Gehörsverletzung keine missbräuchliche Kündigung begründen. Zudem sei die Einführung der Sprachprüfung im Rahmen der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben erfolgt und nicht um ältere Mitarbeitende loszuwerden. Schliesslich werde auch die Behauptung, wonach Herr B. \_\_\_\_\_ ein persönliches Interesse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehabt habe, zurückgewiesen. Dieser könne sich nicht an Meinungsverschiedenheiten erinnern. Ausserdem sei nur einer der vier Sprachexperten Herr B. \_\_\_\_\_ unterstellt und es sei gerade letzterer gewesen, welcher dem Beschwerdeführer die ausserordentliche dritte Nachprüfung gewährt habe. Schliesslich würde es dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen, wenn das Nichtbestehen der Prüfung für die einen Konsequenzen hätte und für die anderen nicht. Die gesetzlichen Vorschriften des UVEK als auch die internen Umsetzungsvorschriften würden für alle gelten. Im vorliegenden Fall habe sie ihre Fürsorgepflicht wahrgenommen und den Beschwerdeführer mit verschiedenen Massnahmen unterstützt. Auch sei sie bemüht, beim Wegfall vertraglicher oder gesetzlicher

Anstellungsbedingungen – insbesondere bei langjährigen Mitarbeitenden – ein anderes Stellenangebot unterbreiten zu können. Aufgrund der heutigen Wirtschaftslage, den gestiegenen Anforderungen an IT- und Sprachkompetenzen sowie der Tatsache, dass sie Stellen habe abbauen müssen, könne sie diesem Bestreben nicht immer nachkommen.

**5.3** Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht unter anderem im Fall einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 1 Bst. b GAV). Die Aufzählung der Tatbestände in Art. 336 des Obligationenrechts (OR, SR 220) ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 und 132 III 115 E. 2.1 ff.; Urteile BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 4.4 und A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 3.3; PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht [BSK OR], Bd. I, 6. Aufl. 2015, Rz. 21 ff. zu Art. 336 OR). Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 und 125 III 70 E. 2b; Urteil BGer 8C\_87/2017 vom 28. April 2017 E. 6.2).

Bei der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers ist vorerst immer zu prüfen, ob die Kündigung wegen des Alters ausgesprochen wurde, d.h. ob durch die Entlassung eine Altersdiskriminierung vorliegt, denn das Alter ist eine persönliche Eigenschaft und fällt unter den Schutzbereich von Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR (HUMBERT/LERCH, Kündigungsschutz, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, Rz. 11.87; PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK OR, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 336 OR). Eine Kündigung kann ferner missbräuchlich sein, wenn sie wegen eines Umstands ausgesprochen wird, den der Arbeitgeber als Folge einer eigenen Pflichtverletzung ganz oder teilweise zu verantworten hat, indem er etwa seine Fürsorgepflicht verletzt. Diese verpflichtet sowohl den privaten wie auch den öffentlichen Arbeitgeber (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 Bst. b und g BPG), die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Im Zusammenhang mit der Verletzung der Fürsorgepflicht ist zu beachten, dass

diese primär eine Unterlassungspflicht ist und bei der Herleitung von Handlungspflichten, die als solche nicht im Gesetz vorgesehen sind, Zurückhaltung geboten ist (zum Ganzen BGE 132 III 115 E. 2.2; Urteile BGer 8C\_87/2017 vom 28. April 2017 E. 6.2 und 8C\_895/2015 vom 8. März 2016 E. 3.2; BVGE 2015/48 E. 5.5 ff.; Urteile BVGer A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 6.1 und A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 7.2; PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK OR, a.a.O., Rz. 27 f. zu Art. 336 OR). Bei Arbeitnehmern mit fortgeschrittenem Alter und langer Dienstzeit gilt eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht. Insbesondere ist bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken. Diese haben namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Dieser besonderer Schutz hat indes nicht zur Folge, dass ein absoluter Kündigungsschutz für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter besteht (BGE 132 III 115 E. 5.4; Urteil BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2; Urteil BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2). Während Gesetzgebung und Rechtsprechung insbesondere Mitarbeiter ab dem 59. Altersjahr in die Kategorie der «älteren Arbeitnehmer» einordnen, qualifiziert die Lehre bereits Arbeitnehmer ab 55 Jahren und einer ununterbrochenen Dienstzeit von 25 Jahren als solche (HUMBERT/LERCH, a.a.O., Rz. 11.90 ff; DENIS G. HUMBERT, Die Alterskündigung, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2015 S. 868, 872 ff; FRANK VISCHER, Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, recht 2006 S. 112, 116). Die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers kann aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiel stehenden Interessen rechtsmissbräuchlich erscheinen. So wenn dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages, der aufgrund seines fortgeschrittenen Alters kaum eine andere Anstellung finden wird und mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen rechnen muss, kein schützenswertes Interesse der Arbeitgeberin gegenüber steht (BGE 136 III 513 E. 2.3 und 132 III 115 E. 5.3; Urteil BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.7; Urteil BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2; ANTONIA ULRICH, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Kündigungen, Anwaltsrevue 2018 S. 281, 285; PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK OR, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 336 OR).

**5.4** In seiner Stellungnahme zur beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses machte der Beschwerdeführer Ausführungen zu seiner Motivation und seinen Bemühungen, seiner Prüfungsblockade, seinem Antrag auf

Wiedererwägung sowie zur Weiterbeschäftigung. Die Vorinstanz nahm ihrerseits in ihrer Kündigungsverfügung zu den einzelnen Vorbringen Stellung und legte dar, wieso diese nichts an der beabsichtigten Kündigung zu ändern vermögen. Dem Beschwerdeführer musste dadurch bewusst werden, von welchen Überlegungen sich die Vorinstanz leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützte (vgl. statt vieler BGE 142 II 324 E. 3.6). Des Weiteren versteht es sich von selbst, dass sich eine Behörde vor der Gehörgewährung bereits eine vorläufige Meinung über die anzuordnenden Rechtsfolgen bildet. Dass die Argumente des Beschwerdeführers zu keinem Meinungsumschwung führten, ist kein Beleg für eine unverrückbare Meinung der Vorinstanz, sondern ist vielmehr der mangelnden Überzeugungskraft der vorgebrachten Argumenten geschuldet. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt somit nicht vor. Ob eine solche überhaupt eine missbräuchliche Kündigung zu begründen vermag, ist zu bezweifeln, kann nach dem Gesagten aber offen bleiben.

**5.5** Weiter belegt der Umstand, dass dem Beschwerdeführer aufgrund fehlender Versetzungsmöglichkeiten (vgl. dazu unten E. 6.6.1) eine dritte und ausserordentliche Nachprüfung gewährt wurde, den Willen der Vorinstanz, ihn in seiner angestammten Stelle weiter zu beschäftigen. Der Beschwerdeführer durfte daher keine legitime Erwartung auf eine Weiterbeschäftigung haben, sollte er diese Prüfung wiederum nicht bestehen. Die Mitteilung der beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses zehn Tage nach der dritten Nachprüfung stellt demnach kein Verstoss gegen Treu und Glauben dar. Die ausserordentlich gewährte dritte Nachprüfung und die Unterstützungsbemühungen beweisen zudem, dass es der Vorinstanz gerade nicht darum ging, einen älteren Mitarbeiter loszuwerden. Die eingereichten Zeitungsartikel über die generellen Sparbemühungen der Vorinstanz vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Schliesslich spricht auch die unbestrittene Tatsache, dass Herr B. \_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer eine letzte ausserordentliche Nachprüfung gewährte, gegen eine persönliche Animosität als Kündigungsmotiv.

**5.6** Weiter ist der Vorinstanz keine Verletzung ihrer Fürsorgepflicht vorzuwerfen. Es ist notorisch, dass die Aneignung von Sprachkenntnissen grosse selbstverantwortliche Eigenleistung erfordert und der Einfluss von Dritten auf den Prüfungserfolg nur von unterstützender Natur sein kann. Die Vorinstanz liess dem Beschwerdeführer denn auch diese Unterstützung zukommen: Der Beschwerdeführer wurde im Vorfeld über den Ablauf der periodischen Sprachprüfung informiert und erhielt diverse Dokumente

zur Vorbereitung (Gesprächssituationen, Richtlinie, Anleitung App Eisenbahnwörter). Seine Vorgesetzte stand ihm beratend zur Seite, wies ihn auf geeignete Weiterbildungsmassnahmen hin und besprach jeweils die Prüfungen sowie allfällige Konsequenzen mit ihm. Sie teilte ihn mit der gewünschten Zugbegleiterin ein, damit er mit dieser seine Sprachkenntnisse trainieren konnte. Es wurde ihm sogar teilweise erlaubt, die Prüfungsexperten zu bestimmen. Die Vorinstanz liess dem Beschwerdeführer zudem insgesamt über ein Jahr Zeit, um eine Sprachprüfung der niedrigsten Anforderungsstufe (A1) zu bestehen und gewährte ihm dabei insgesamt vier Versuche, obwohl nur drei vorgesehen wären (vgl. unten E. 6.5.1). Ob der Beschwerdeführer zudem noch talxx-Checks im Wert von CHF 600.-- von der Vorinstanz erhalten hatte, was er bestreitet, ist vor diesem Hintergrund nicht ausschlaggebend, zumal die Vorinstanz ihn mit den soeben genannten Massnahmen genügend unterstützt hatte. Ebenso wenig hätte die Vorinstanz, wie vom Beschwerdeführer gefordert, angesichts der bereits vorhandenen Sprachkursangebote selber einen Kurs organisieren müssen, um ihrer Fürsorgepflicht nachzukommen. Sofern sich der Beschwerdeführer zu spät für den Besuch eines Sprachkurses entschied, ist dies nicht der Vorinstanz anzulasten. Diese sowie die Prüfungsexperten hatten ihm schon früh den Besuch eines solchen empfohlen. Zusammengefasst ist die Vorinstanz ihrer Fürsorgepflicht ausreichend nachgekommen bzw. sind die nicht bestandenen Sprachprüfungen, welche für die Kündigung massgebend waren, nicht Folge einer Verletzung der vorinstanzlichen Fürsorgepflicht.

**5.7** Sodann war der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung 52 Jahre alt und seit 17 Jahren bei der Vorinstanz beschäftigt. Der Beschwerdeführer hatte somit weder altersmässig noch von der Anstellungsdauer her eine kritische Schwelle überschritten, noch konnte aufgrund der sechsmonatigen Ausbildungszeit von einer hochspezialisierten Funktion gesprochen werden. Die Vorinstanz musste ihm daher nicht mit einer erhöhten Fürsorgepflicht begegnen (vgl. oben E. 5.3). Die in diesem Zusammenhang ergangenen Urteile betrafen denn auch Fälle, in welcher der betreffende Arbeitnehmer sein ganzes Arbeitsleben für eine Arbeitgeberin tätig gewesen ist und kurz vor der Pensionierung stand (BGE 132 III 115 E. 5.3; Urteile BGer 4A\_169/2013 vom 18. Juni 2013 E. 4.2.3 und 4A\_72/2008 vom 2. April 2008 E. 4), was vorliegend nicht der Fall ist. Ein krasses Missverhältnis zwischen der auf dem Spiel stehenden Interessen besteht somit nicht.

**5.8** Im Ergebnis liegt keine missbräuchliche Kündigung vor, weshalb ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung entfällt. Folglich ist die Beschwerde in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen.

## **6.**

Sodann beantragt der Beschwerdeführer die Zusprechung einer Entschädigung i.S.v. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV im Umfang eines Jahreslohnes.

**6.1** Diesbezüglich macht er geltend, dass ihm vor Erlass der Kündigung weder eine formgültige Kündigungsandrohung zugestellt worden, noch eine Möglichkeit zur Einsprache eröffnet worden sei (vgl. oben E. 4.1). Hinzu komme, dass ein sachlich hinreichender Grund für die Kündigung fehle: Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe er genügend Motivation und Engagement gezeigt. Zudem gewichte die Vorinstanz den Nachweis der geforderten Sprachkompetenz enorm hoch. Es sei nicht bekannt, dass aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse eines Reisezugbegleiters je eine Gefahrensituation entstanden sei. Die Sicherheitsrelevanz des Sprachnachweises sei deshalb äusserst fragwürdig. Überhaupt seien bei ihm nie sprachliche Probleme festgestellt worden und es habe nie Reklamationen gegeben. Er habe jedoch infolge aufkommender Existenzängsten eine Prüfungsblockade im Verlauf der ersten zwei Sprachprüfungen entwickelt. Die Vorinstanz hätte das Problem eines langjährigen und erfahrenen Mitarbeiters erkennen sollen. Ausserdem seien die Sprachexperten nicht ausgebildet gewesen, um die Sprachprüfung abzunehmen. Im Übrigen sei keine Anstellungsbedingung weggefallen, habe er doch seinen Beruf jederzeit ausführen und die Bedingungen erfüllen können. Vielmehr habe die Vorinstanz eine neue Anstellungsbedingung geschaffen. Es sei daher an ihr, sicherzustellen, dass die bisherigen Mitarbeiter die Bedingung auch erfüllen können, was sie jedoch in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht nicht getan habe.

Weiter verfüge die Vorinstanz über ein riesiges Bahnnetz im deutschsprachigen Raum. Er sei gewillt, seine Tätigkeit auf die Strecke zwischen Deutschland, der deutschsprachigen Schweiz und Österreich zu beschränken, falls dies tatsächlich notwendig sei. Es werde auch bestritten, dass die Vorinstanz erfolglos nach einer Anschlusslösung für ihn gesucht habe und dass die Anforderungen bezüglich Sprachen per Dezember 2018 steigen würden. Erst per Ende Jahr 2020 fände eine Anpassung der Sprachanforderungen statt. Bis dahin hätte er genügend Zeit, seine Fähigkeiten zu steigern und insbesondere seine Prüfungsblockade zu lösen. Er wisse auch,

dass in (...) im Regionalverkehr ab Dezember 2018 zwei Stellen frei würden, was auch der Vorinstanz bekannt sei. Zudem habe er stets der Vorinstanz mitgeteilt, dass er auch bereit wäre, eine gewisse Periode Teilzeit (60% - 100%) zu arbeiten und als Übergangslösungen auch befristete Stellen anzunehmen. Da er als Reisezugbegleiter höchst qualifiziert sei und über 35 Jahre Berufserfahrung verfüge, müsse die Vorinstanz eine Anschlusslösung für ihn finden.

**6.2** Die Vorinstanz entgegnet, dass vorliegend eine Kündigungsandrohung nicht nötig gewesen sei (vgl. oben E. 4.2). Weiter sei es gesetzlich vorgeschrieben, dass Personen mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten über genügend gute Kompetenzen in den Amtssprachen ihrer Einsatzgebiete verfügen müssen. Zudem sei es an den Eisenbahnunternehmen, die notwendigen Sprachkompetenzen festzulegen und deren Überprüfung zu regeln. Die SBB sei dem nachgekommen. Das betreffende Regelwerk sehe vor, dass ein Mitarbeitender nach der zweiten erfolglosen Nachprüfung nicht mehr in anderen Sprachregionen eingesetzt werden dürfe. Dementsprechend erfülle in einem solchen Fall der betreffende Mitarbeitende die vertraglichen und gesetzlichen Bedingungen nicht mehr. Die Anforderung an die periodische Sprachnachweisprüfung seien moderat, werde doch lediglich das Niveau A1 sowie der Eisenbahnwortschatz geprüft. Weiter würde es dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen, wenn das Nichtbestehen der Prüfung für die einen Konsequenzen hätte und für die anderen nicht. Der Beschwerdeführer habe auch bewusst darauf verzichtet, die Prüfungsergebnisse mittels Rekurs anzufechten. Stattdessen habe dieser betont, dass alle Prüfungen sehr wohlwollend und fair abgenommen worden seien. Entgegen seiner Ansicht sei die Nichterbringung des erforderlichen Sprachnachweises der Kündigungsgrund gewesen und nicht dessen Motivation und Engagement. Sofern er die Relevanz des Sprachnachweises bezweifle, so sei es überflüssig zu erwähnen, dass gesetzliche und sicherheitsrelevante Vorschriften ausnahmslos anzuwenden seien.

Bezüglich seiner behaupteten Prüfungsblockade sei nicht nachvollziehbar, weshalb diese Prüfung eine solche Stresssituation verursacht haben soll. Der Beschwerdeführer habe seit seiner Anstellung viele andere und anspruchsvollere Prüfungen absolviert und bestanden (bspw. die periodischen Prüfungen gemäss ZSTEBV, OEVB- und DB-Prüfungen). Ferner seien die Prüfungsexperten qualifiziert, werden diese doch dafür speziell geschult und ausgebildet. Der Beschwerdeführer sei mit den Prüfungsprotokollen auch stets einverstanden gewesen und habe diese unterzeichnet.

Nachdem sich die gesetzlichen Anforderungen an sein Profil geändert hätten und er diesen nicht mehr habe entsprechen können, sei ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund i.S.v. Ziffer 174 Bst. e GAV vorgelegen. Sie habe sodann sowohl regionen- als auch bereichsübergreifend nach einer geeigneten Stelle für den Beschwerdeführer gesucht. So sei zum Beispiel eine dauerhafte Versetzung als Zugbegleiter Regionalverkehr geprüft worden. Stellen seien jedoch keine offen gewesen und der Bereich habe einen Personalüberbestand aufgewiesen. Zudem werde mit der Einführung des neuen Berufsbildes «Kundenbegleiter/in SBB» per Dezember 2018 die Funktion «Mitarbeiter/in Zugpersonal Regionalverkehr» aufgehoben. Die Kundenbegleiter/innen würden in mehreren Bereichen (z.B. Fernverkehr, Regionalverkehr, Frequenzerhebung etc.) eingesetzt. Dabei seien die erforderlichen Sprachkenntnisse in zwei Fremdsprachen auf Niveau B1 mündlich und A2 schriftlich unerlässlich. Ferner seien in den Bereichen Frequenzerfassung Region (...) und Personaleinsatzplanung Region (...) keine Stellen vakant gewesen. In internen Bürobereichen der Region (...) seien ebenfalls Französischkenntnisse gefordert, über welche der Beschwerdeführer nicht verfüge. Die erwähnten zwei Stellen in (...) im Regionalverkehr ab Dezember 2018 seien nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgeschrieben worden, bis Ende Dezember 2022 befristet und würden nicht für den Beschwerdeführer in Frage kommen, da Französischkenntnisse und eine weitere Fremdsprache Anstellungsbedingungen seien.

### **6.3**

**6.3.1** Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die SBB gut, so spricht sie dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zu, wenn sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung oder wichtige Gründe für die fristlose Kündigung fehlen oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV bzw. Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG). Als Verletzung einer Verfahrensvorschrift gilt eine zu Unrecht nicht erlassene Kündigungsandrohung (vgl. oben E. 4.4). Kündigt die Vorinstanz nach Ablauf der Probezeit, so hat der ordentlichen Kündigung die Kündigungsandrohung voranzugehen, sofern diese Massnahme grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens herbeizuführen (Ziff. 170 Abs. 4 GAV). Auf eine Mahnung kann nur verzichtet werden, wenn diese von vornherein aussichtslos erscheint oder das Vertrauensverhältnis bereits unwiederbringlich zerstört ist (BGE 143 II 443 E. 7. 5 m.H; Urteil BGer 8C\_567/2018 vom 21. Dezember 2018 E. 4.4; Urteile

BVGer A-5059/2018 vom 24. April 2019 E. 6.1 und A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.3). Die Mahnung soll der angestellten Person zum einen die begangenen Verfehlungen vorhalten und sie zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten anhalten (Rügefunktion). Zum anderen soll sie darauf hinweisen, dass bei weiterem oder erneutem vertragswidrigem Verhalten Sanktionen drohen, namentlich die Kündigung ausgesprochen werden kann (vgl. Urteil BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.5; Urteile BVGer A-5059/2018 vom 24. April 2019 E. 6.2 und A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.4).

**6.3.2** Der Arbeitgeber kann das unbefristete Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, unter anderem wegen Wegfalls einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (Art. 10 Abs. 3 Bst. f BPG bzw. Ziff. 174 Abs. 1 Bst. e GAV). Der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung umfasst eine Mehrzahl von Gründen. Als gesetzliche Bedingungen fallen beispielsweise Ausschlussgründe (z.B. Wahl in den National- oder Bundesrat), Amtsunfähigkeit oder der Wegfall des Schweizer Bürgerrechts bzw. der Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit in Betracht. Als vertragliche Bedingung fällt jeder Umstand in Betracht, der nach dem individuellen Arbeitsvertrag für das (Weiter-)Bestehen des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt ist, beispielsweise das Ausscheiden des Vorstehers des Departements (z. B. für persönliche Mitarbeiter des Departements) oder das Nichtbestehen einer Prüfung, die für die mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Tätigkeit nötig ist (vgl. Botschaft zum Bundespersonalgesetz [BPG] vom 14. Dezember 1998, BBI 1999 1614 f; Urteile BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 5.1.3 und A-3750/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3).

**6.3.3** Der Arbeitgeber schöpft alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung aus, bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (Art. 19 Abs. 1 BPG). Er ist unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips verpflichtet, den erst nach der Probezeit festgestellten Mangel durch entsprechende Weiterbildung des Angestellten zu beheben oder das Arbeitsverhältnis so umzugestalten, dass der Angestellte den Anforderungen zu genügen vermag. Erst wenn auch diese oder ähnliche Massnahmen versagen, darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen (Urteil BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 8.2; BVGE 2007/34 E. 7.2.1; Urteile BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 3.2.3 und A-6509/2013 vom 27. August 2014 E. 4.3; HARRY NÖTZLI, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bun-

despersonalgesetz, 2013, Art. 12 BPG Rz. 36). Zudem können auch rechtliche Rahmenbedingungen, organisatorische Schwierigkeiten sowie fehlende freie Stellen, für welche der betreffende Arbeitnehmer die nötigen Anforderungen erfüllen würde, eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen (BVG E 2009/58 E. 9.2 f.).

**6.4** Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz auf eine Kündigungsandrohung verzichten konnte, bevor zu beurteilen ist, ob die Kündigung sachlich hinreichend begründet war.

**6.4.1** Nach der Rechtsprechung bedingt eine Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Ziff. 174 Abs. 1 Bst. a GAV bzw. Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG), wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (Ziff. 174 Abs. 1 Bst. b GAV bzw. Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG) sowie wegen mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Ziff. 174 Abs. 1 Bst. d GAV bzw. Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG) grundsätzlich eine vorgängige Verwarnung (vgl. zur Übersicht Urteil BVGer A-529/2015 vom 24. Juni 2015 E. 5.1.2 m.w.H.). Im Falle einer Kündigung wegen Wegfalls einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (Ziff. 174 Abs. 1 Bst. e GAV bzw. Art. 10 Abs. 3 Bst. f BPG) hat das Bundesgericht implizit die Notwendigkeit einer vorgängigen Kündigungsandrohung verneint (vgl. Urteil BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 8 und 9).

**6.4.2** Die vorliegende Konstellation erfüllt nicht genau den Tatbestand von Ziff. 174 Abs. 1 Bst. e GAV (vgl. unten E. 6.5.2). Gleichwohl musste keine Kündigungsandrohung ausgesprochen werden: Die Rüge- und Mahnfunktion einer Kündigungsandrohung bedingt, dass sich der Arbeitnehmer anders hätte verhalten können und er im Stande ist, sein zukünftiges Verhalten zur Zufriedenheit des Arbeitgebers zu ändern. Deshalb macht eine Kündigungsandrohung in den von der Rechtsprechung anerkannten Anwendungsfällen auch Sinn (vgl. oben E. 6.4.1). Hingegen ist der erfolgreiche Abschluss einer Sprachprüfung nie garantiert. Zwar kann eine Kündigungsandrohung einen Einfluss auf die Lernbemühungen haben. Diese alleine sind jedoch für den Prüfungserfolg nicht massgebend. Vielmehr sind beispielsweise auch Talent oder die Fähigkeit, an einer Prüfung einen kühlen Kopf zu bewahren, mitentscheidend. Eine Änderung dieser Faktoren lässt sich durch eine Kündigungsandrohung nicht herbeiführen, weshalb eine solche als aussichtslos zu gelten hat. Die Vorinstanz durfte deshalb zu Recht auf eine vorgängige Kündigungsandrohung verzichten.

**6.5** Weiter ist zu prüfen, ob ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund vorgelegen ist.

**6.5.1** Eisenbahnunternehmen sind verpflichtet, die Vorschriften über sicherheitsrelevante Tätigkeiten einzuhalten (Art. 8c Abs. 3 Bst. b des Eisenbahngesetzes [EBG, SR 742.101]). Als sicherheitsrelevante Tätigkeit gilt unter anderem das Begleiten von Zügen aus Gründen der Betriebssicherheit (Art. 3 Bst. d der Verordnung über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich [STEBV, SR 742.141.2]). Wer eine sicherheitsrelevante Tätigkeit ausüben will, muss sich an einer Fähigkeitsprüfung über die Kenntnisse der Fahrdienst- und der Betriebsvorschriften sowie über die sichere Ausübung der Tätigkeit im jeweiligen Bereich ausweisen (vgl. Art. 5 Abs. 1 STEBV). Nach bestandener Prüfung stellt das Eisenbahnunternehmen eine Bescheinigung über die Qualifikation der Person aus (Art. 5 Abs. 2 STEBV). Personen mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten müssen zudem über genügend gute Kompetenzen in den Amtssprachen ihrer Einsatzgebiete verfügen, um ihre Tätigkeiten im Normalbetrieb, bei Störungen und in Notsituationen ausüben zu können. Dazu gehören insbesondere das Empfangen und Erteilen von sicherheitsrelevanten Anweisungen und das Ausfüllen von Formularen (Art. 13 Abs. 1 der Verordnung des UVEK über die Zulassung zu sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich [ZSTEBV, SR 742.141.22]). Dabei legen die Eisenbahnunternehmen fest, welche Sprachkompetenzen für die Ausübung der Tätigkeiten notwendig sind, und regeln die Überprüfung dieser Kompetenzen (Art. 13 Abs. 2 ZSTEBV). In diesem Zusammenhang erliess die Vorinstanz das Regelwerk K 230.0 „Sprachkompetenzen: Mindestniveau und Überprüfung – Vorgaben an die Aus- und Weiterbildung und an den Erhalt von Sprachkompetenzen“ (nachfolgend: RW K 230.0).

Gemäss der Regelwerkversion 3-0, in Kraft seit 1. Januar 2017, gilt für Personen mit bescheinigungspflichtigen Tätigkeiten die Mindestanforderung Niveau A1 gemäss europäischem Referenzrahmen für Sprachen und der Eisenbahnwortschatz der jeweiligen Tätigkeit. Unter Eisenbahnwortschatz wird der für die betriebliche Kommunikation im Normalbetrieb, bei Störungen und in Notsituationen erforderliche Wortschatz verstanden (Ziff. 2 RW K 230.0). Mitarbeitende mit bescheinigungspflichtigen Tätigkeiten müssen vor dem Einsatz in anderen Sprachregionen eine Sprachkompetenzprüfung absolvieren. Die Sprachkompetenzen werden analog der Periodizität der fachlichen Anforderungen ZSTEBV geprüft (Ziff. 4 RW K 230.0); bei Zugbegleiter demnach alle fünf Jahre (vgl. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1

ZSTEBV). Die Sprachkompetenzprüfung muss mind. aus einem mündlichen Teil mit Praxisbeispielen (betrieblichen Situationen) bestehen. Bei der Beurteilung soll die inhaltliche Korrektheit stärker berücksichtigt werden als die grammatikalische Korrektheit (vgl. Ziff. 4.1 RW K 230.0). Die Sprachkompetenzprüfung kann analog der Fähigkeitsprüfung gemäss ZSTEBV wiederholt werden (Ziff. 4.2 RW K 230.0). Dies bedeutet, dass die Erstprüfung einmal, die periodische Prüfung hingegen zweimal wiederholt werden darf (vgl. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ZSTEBV). Wer die Nachprüfung nicht besteht, darf in dieser Sprachregion nicht mehr eingesetzt werden, bis er die Sprachkompetenzen erlangt und die Sprachkompetenzprüfung (im Sinne einer Erstprüfung) bestanden hat (Ziff. 4.2 RW K 230.0).

**6.5.2** Dem Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers zu Folge sind genügende Französischkenntnisse eine unabdingbare vertragliche Anstellungsbedingung für dessen Funktion als Reisezugbegleiter International. Indes lässt sich den Akten nicht entnehmen, was die dazumal geforderten Französischkenntnisse vom Sprachniveau und Wortschatz her alles beinhalteten. Insbesondere macht die Vorinstanz nicht geltend, dass der Beschwerdeführer bereits früher über einen genügenden Eisenbahnwortschatz i.S.v. Art. 13 Abs. 1 ZSTEBV verfügen musste. Vielmehr weist sie selber darauf hin, dass sich das gesetzliche Anforderungsprofil der Funktion des Beschwerdeführers geändert habe. Es ist daher keine gesetzliche oder vertragliche Anstellungsbedingung *weggefallen*, sondern mit dem Inkrafttreten des Art. 13 Abs. 1 ZSTEBV am 1. Februar 2014 (vgl. Art. 38 ZSTEBV) eine neue gesetzliche Bestimmung erschaffen worden, welche den Beschwerdeführer daran hindert, seine vertraglich vereinbarte Funktion weiter auszuführen. Vom Wortlaut her liegt der geltend gemachte Kündigungsgrund von Art. 10 Abs. 3 Bst. f BPG bzw. Ziff. 174 Abs. 1 Bst. e GAV somit nicht vor. Der in Art. 10 Abs. 3 bzw. Ziff. 174 Abs. 1 GAV aufgelistete Katalog von Kündigungsgründen ist indes nicht abschliessend (statt vieler Urteil BVGer A-5059/2018 vom 24. April 2019 E. 5.3). Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich sodann im Kern nicht vom geltend gemachten Kündigungsgrund, dürfte doch in beiden Fällen ein Zugbegleiter mangels genügender Sprachkompetenz nicht mehr im betreffenden Sprachgebiet eingesetzt werden. Ansonsten würde ein Eisenbahnunternehmen gegen Art. 8c Abs. 3 Bst. b EBG verstossen und damit ein Sicherheitsrisiko in Kauf nehmen. Es liegt demnach ebenfalls ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund vor, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer neuen Gesetzesbestimmung, deren Anforderungen er nicht erfüllt, seine vertraglich vereinbarte Funktion nicht mehr wahrnehmen darf.

**6.5.3** Vorab ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht die mangelnde Motivation, sondern der nicht erbrachte Sprachnachweis der Grund für die Kündigung war. Dies ergibt sich aus der Begründung der Kündigungsverfügung und den aktenkundigen Umständen, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. Soweit der Beschwerdeführer die Sicherheitsrelevanz des Sprachnachweises bestreitet, so ist er darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Zweckmässigkeit einer Verordnungsregelung nicht zu beurteilen hat. Insbesondere liegt es grundsätzlich nicht am Bundesverwaltungsgericht, den Massstab für die sicherheitsrelevanten Bedenken selber zu definieren. Dies obliegt in erster Linie dem Bundesrat, dem Departement und den nachgeordneten Verwaltungsbehörden (BVGE 2015/17 E. 3.1.2; Urteile BVGer A-4486/2017 vom 19. Februar 2018 E. 4.2.3 und A-1273/2012 vom 11. September 2012 E. 6.3.3). Unbesehen davon ist es nachvollziehbar, dass ein Zugbegleiter über die nötigen Sprachkompetenzen verfügen muss, um im Notfall im betreffenden Sprachgebiet mit den Zugpassagieren, den Behörden und dem Eisenbahnunternehmen klar, verständlich und adäquat kommunizieren zu können. Ob sich der Beschwerdeführer selber schon einmal einer Notfallsituation wiederfand oder ob er sich ansonsten gut in Französisch verständigen kann, ist vor diesem Hintergrund nicht relevant.

**6.5.4** Weiter hätte der Beschwerdeführer die einzelnen Prüfungsergebnisse gemäss Ziff. 3.3 der internen Arbeitsanweisung ZP «Sprachkompetenzprüfung nach K 230.0» über die Linienorganisation anfechten können, was er jedoch unterliess. Insbesondere verzichtete er explizit auf einen Rekurs nach der dritten erfolglosen Nachprüfung, wobei er gleichzeitig betonte, dass diese wohlwollend und fair durchgeführt worden sei. Die Prüfungsergebnisse sowie das Prüfungsverfahren sind denn auch nicht Streitgegenstand bzw. widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, die auf die Sprachprüfungen bezogenen Rügen nun im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorzubringen (vgl. dazu Urteil BVGer A-3274/2012 vom 25. März 2013 E. 1.5.1 m.w.H.). Soweit der Beschwerdeführer nun die Kompetenz der Prüfungsexperten anzweifelt, ist er nicht zu hören. Dasselbe gilt für sein Vorbringen bezüglich seiner Prüfungsangst. Sofern seine Prüfungsangst von krankhafter Natur gewesen wäre, wäre es ihm unbenommen gewesen, diese vor den Prüfungen oder anlässlich eines Rekurses mittels ärztlichen Attests geltend zu machen, um damit einen Nachteilsausgleich erwirken zu können. Dies hat er nicht getan. Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, dass sie eine

mögliche Prüfungsangst hätte erkennen und von sich aus hätte tätig werden sollen. Im Übrigen ist Prüfungsangst normaler Art bei Erwachsenen nicht gesondert zu berücksichtigen, sollten doch Erwachsene eine gewisse Erfahrung im Bewältigen einer Stresssituation haben (so auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 4. Dezember 1978 in Solothurnische Gerichtspraxis [SOG] 1978 Nr. 32, S. 87-89).

**6.5.5** Im Ergebnis verfügte der Beschwerdeführer im Kündigungszeitpunkt nicht über die von Gesetzes wegen vorgesehenen Sprachkompetenzen, welche er vorweisen müsste, um seine vertraglich vereinbarte Funktion als Reisezugbegleiter International weiter wahrnehmen zu können. Es lag somit ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund vor.

**6.6** Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausgeschöpft hatte.

**6.6.1** Trotz Unterstützungsbemühungen von Seiten der Vorinstanz gelang es dem Beschwerdeführer nicht, seine Sprachkompetenzen auf das gesetzlich geforderte Niveau zu heben. Indes kann dies der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden (vgl. oben E. 5.6). Einem aktenkundigen Email vom 9. März 2018 lässt sich sodann entnehmen, dass sich sein Vorgesetzter nach der zweiten Nachprüfung beim Verantwortlichen der Region (...) erkundigte, ob sie eine offene Stelle im Regionalverkehr hätten, was dieser verneinte. Nach der dritten Nachprüfung wurde der Verantwortliche der Region (...) erneut im Juni 2018 per Mail betreffend eine Einsatzmöglichkeit für den Beschwerdeführer angefragt. Diese konnte jedoch keine Stelle anbieten, bei welcher das Fremdsprachenprofil B1, A2 und A1+ nicht zwingend erforderlich gewesen wäre. Es ist daher davon auszugehen, dass weder in der Region des Beschwerdeführers – die Region (...) – noch in der auch in Frage kommenden Region (...) eine geeignete Stelle für ihn frei war, zumal der Beschwerdeführer auch kein Stelleninserat aus jener Zeit, welche das Gegenteil beweisen würde, ins Recht legte. Ebenso wenig behauptet er, dass die Vorinstanz noch in anderen Regionen hätte suchen müssen.

**6.6.2** Weiter würde die vorgeschlagene Sonderlösung, bis zum Erreichen der geforderten Sprachkenntnisse nur auf deutschsprachigen internationalen Strecken eingesetzt zu werden, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Vergleich zu den anderen Mitarbeitern darstellen, welche die Prüfungen ebenfalls bestehen mussten. Es kann auch generell von der

Vorinstanz nicht verlangt werden, dass sie für bestimmte Mitarbeiter spezielle Funktionen schafft, nur um diese weiterbeschäftigen zu können. Wie sie ihren Betrieb organisiert, liegt in ihrem Ermessen (vgl. oben E. 2.1). Kommt noch dazu, dass der Beschwerdeführer in Analogie zu Art. 19 Abs. 3 und 4 ZSTEBV wohl zwei Jahre hätte warten müssen, bis er die Sprachkompetenzprüfung im Sinne einer Erstprüfung wieder hätte ablegen dürfen. Zudem lässt sich den aktuell online aufgeschalteten Stelleninseraten der Vorinstanz entnehmen (abrufbar unter: <https://company.sbb.ch/de/jobs-karriere/offene-stellen/job-suche.html>, besucht am 2.7.2019), dass das von ihr erwähnte neue Berufsbild «Kundenbegleiter/in SBB» bereits Tatsache ist. Es ist daher glaubhaft, dass dieses bereits per Dezember 2018 das bisherige des «Mitarbeiter/in Zugpersonal Regionalverkehr» ersetzte. Nachdem ein Kundenbegleiter über Kenntnisse zweier Fremdsprachen (Niveau B1 mündlich und Niveau A2 schriftlich) verfügen muss, wären die erwähnten zwei Stellen im Regionalverkehr für den Beschwerdeführer ebenfalls nicht in Frage gekommen.

**6.6.3** Im Ergebnis unternahm die Vorinstanz mittels ihrer Unterstützungsmassnahmen und des dem Beschwerdeführer ausserordentlich gewährten zusätzlichen Prüfungsversuchs das ihr Zumutbare, um den Beschwerdeführer in seiner angestammten Stelle weiterbeschäftigen zu können. Nachdem der Beschwerdeführer auch die dritte Nachprüfung nicht bestand und darüber hinaus keine freien geeigneten Stellen vorhanden waren, durfte die Vorinstanz ihre Bemühungen einstellen.

**6.6.4** Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweismwürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweismwürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen (statt vieler: BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.). Die Parteibefragungen, welche in der Beschwerde beantragt werden, müssen folglich nicht durchgeführt werden, da der Sachverhalt erstellt ist.

**6.7** Zusammengefasst erweist sich die ordentliche Kündigung als rechtmässig. Ein Anspruch auf eine Entschädigung i.S.v. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV besteht daher nicht, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

**7.**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG bzw. Ziff. 186 GAV). Verfahrenskosten sind demnach keine zu erheben.

**8.**

Der Beschwerdeführer unterliegt, weshalb ihm keine Parteientschädigung zugesprochen wird (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Steiger

Andreas Kunz

**Rechtsmittelbelehrung:**

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: